

ФГОБУ ВО «Московский государственный институт
международных отношений (Университет) МИД
РФ»



Правовой обычай как источник права

Преподаватель:
Трикоз Елена Николаевна
Кандидат юридических наук,
доцент

Выполнил:
Красильников Владислав
Владимирович
Студент группы: МП 7/21

В традиционных обществах Африки, ряде стран Южной Америки и Азии, Австралии и Новой Зеландии обычай признается основным **источником права.**

Во многих демократических странах также действует обычай в сфере конституционного права.

Правовой обычай – устоявшееся и получившее обязательную силу правило поведения вследствие его многократного и единообразного применения по определенным вопросам правового регулирования, конституирующие права и обязанности субъектов

Возникновение правового обычая

Социологическая и историческая юриспруденция

Правовой обычай возникает с того момента, когда он начинает выполнять функцию нормативного регулятора

Юридический позитивизм

Правовой обычай возникает момента санкционирования государственной властью и закрепления в нормативных актах, договорах и прецедентах



Существуют разные определения природы правового обычая

Впервые изучением природы правового обычая занялись **римские юристы**

«Установившийся издревле обычай заслуженно соблюдается, как закон, и это есть право»

Юлиан (лат. Iulianus), составил старейшую дошедшую до нашего времени компиляцию новелл

«То, что соблюдалось в течение многих лет, должно быть соблюдаемо как молчаливые соглашения граждан не менее, чем записанное право»

Гермогениан (лат. Codex Hermogenianus), римский юрист, предпринял кодификация императорских конституций ок. 325 года

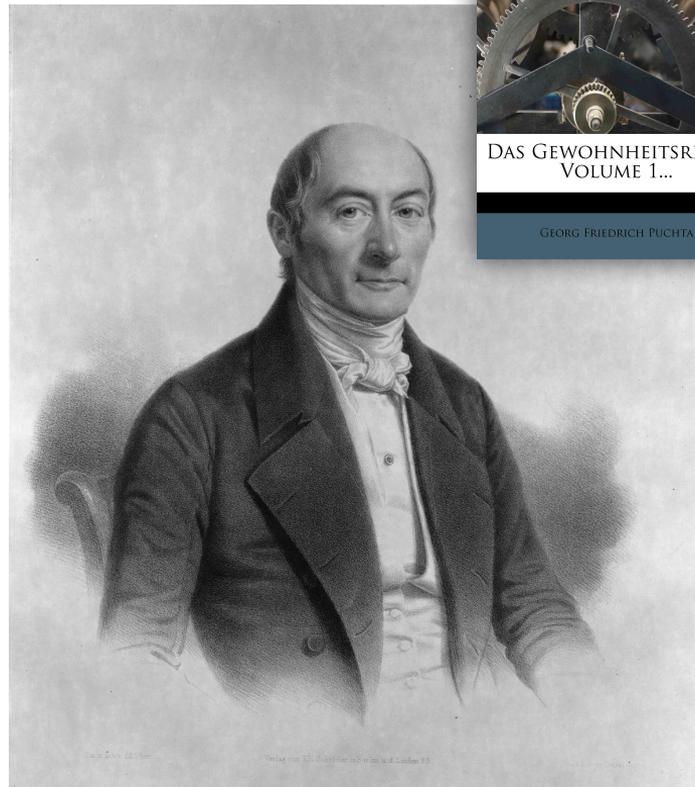
Правовые обычаи получили широкую доктринальную обработку в рамках канонического права, школы глоссаторов (XI—XIII вв.) и постглоссаторов (XIV - XV вв.)



- Толкуя древнеримский Кодекс Юстиниана, пришли к выводу - чтобы считаться правовым, обычай должен применяться в течение двадцати лет.
- Необходимые признаки правового— долговременность и разумность применения.
- Предложена презумпция знания народом обычая: поскольку народ знал об обычае и не препятствовал его применению, разрешено придание обычному повторению действий юридической силы;
- Фикция молчаливой санкции обычая монархом;
- *tacitus consensus populi* - молчаливое выражение воли всего народа.

Г. Ф. Пухта. «Das Gewohnheitsrecht»

- Провел анализ особенностей юридического обычая, его структурных элементов;
- Народный дух - источник общенародного убеждения, которое в свою очередь создает основу для обычного права;
- Обычай должен исходить от сознания юридической необходимости, от народного духа и от повторения одного и того же убеждения в действиях.

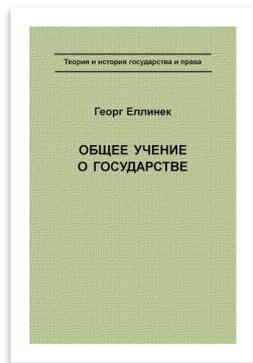
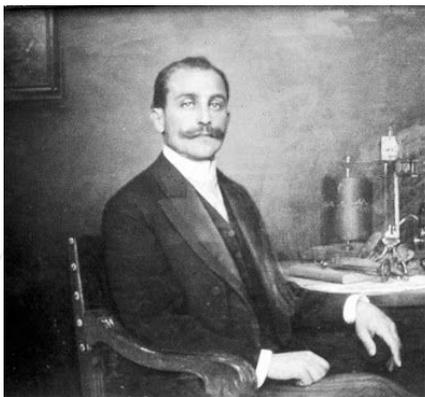


Р. Иеринг «Борьба за право»



- Практическая реализация – основа обычая;
- Фактическое применение приобретает нормативный характер в силу особенностей психики;
- Длительное следование обычаю вызывает в общественном сознании убеждение в его императивности, отсюда «фактическое, постоянно повторяемое рассматривается как нормативное».

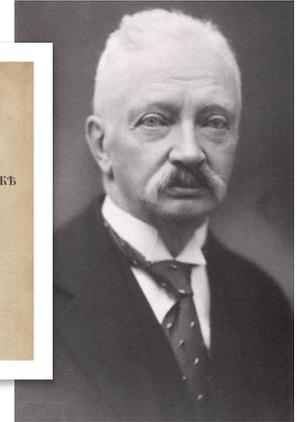
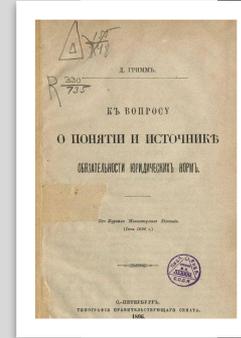
Г. Еллинек «Общее учение о государстве»



Возрождение идеи санкционирования обычая государством во второй половине XIX в.

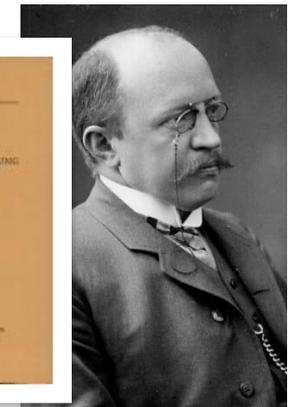
Д. Гримм «К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм»

- Только обычай, санкционированный государством, имеет юридическую силу;
- Пока обычай не признан государственной властью, он является только показателем субъективных стремлений и желаний.



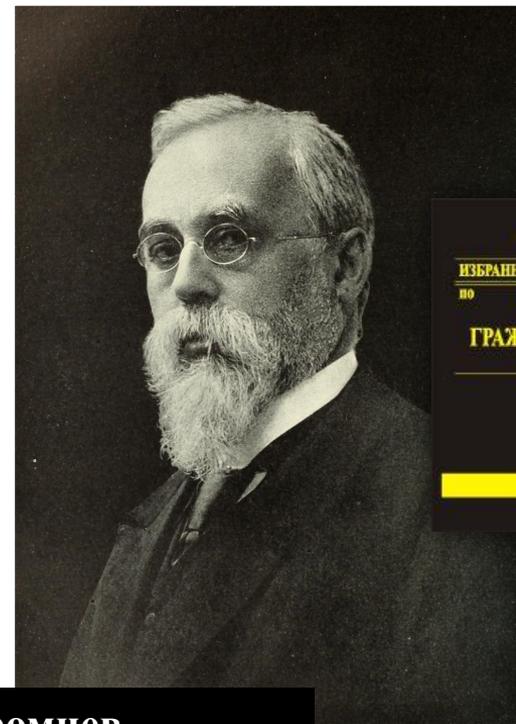
П. Эртманн «Rechtsordnung und Verkehrssitte»

- Не любое фактическое применение создает обычай, а исключительно государственное, т. е. через органы государственной власти, в том числе и через суды;
- Только обеспеченный принуждением со стороны государства обычай становится юридическим.



Поднятая проблема привлекла внимание представителей социологической и психологической школы

- Юридическая ценность нормы обусловлена фактическим выполнением или невыполнением ее, а не фактом установления правовой нормы законодателем;
- Психологическая составляющая есть условие образования вообще всех юридических норм, а не только обычаев;
- Всеобщность не обязательна для признания нормы юридической.



С.А. Муромцев



Право в понимании юридической антропологии

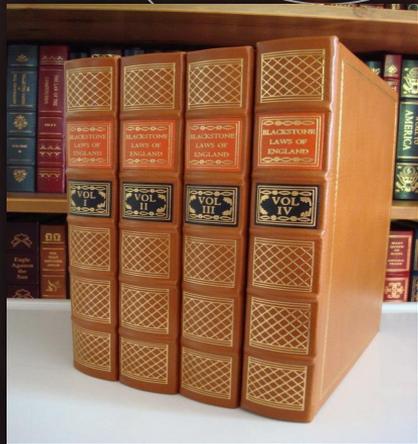
Б. Малиновский «Динамика культурного обмена»



- Нормативность — это универсальная черта всех культур;
- Совместное существование и кооперация людей неизбежно порождает правила, власть и принуждение;
- Право есть функция взаимности обязательств членов общества друг перед другом;
- Право выражается не в фиксированных нормах, а в процессе разрешения конфликтов.

Уильям Блэкстон. Признаки правового обычая

«Комментарии к законам Англии»



Древность

Непрерывность

Использование с
миролюбивого
согласия

Обязательная сила

Согласованность

Определенность

Разумность

Способы санкционирования обычных правовых норм

Традиционно-правовая семья

- Включение традиционных судов в общегосударственную систему судебных учреждений
- Институт судебных асессоров – юридических советников судьи, которые имеют специальные познания в обычном праве

Континентально-европейская семья

- Абстрактный способ санкционирования – отсылки к обычно-правовым нормам в тексте законодательной нормы
- Конкретное санкционирование – норма нпа прямо фиксирует правовое содержание обычая

Семья общего права

- Ссылки на обычай в тексте статута
- Ссылки на обычай в тексте нормативного судебного решения (обязательный прецедент)

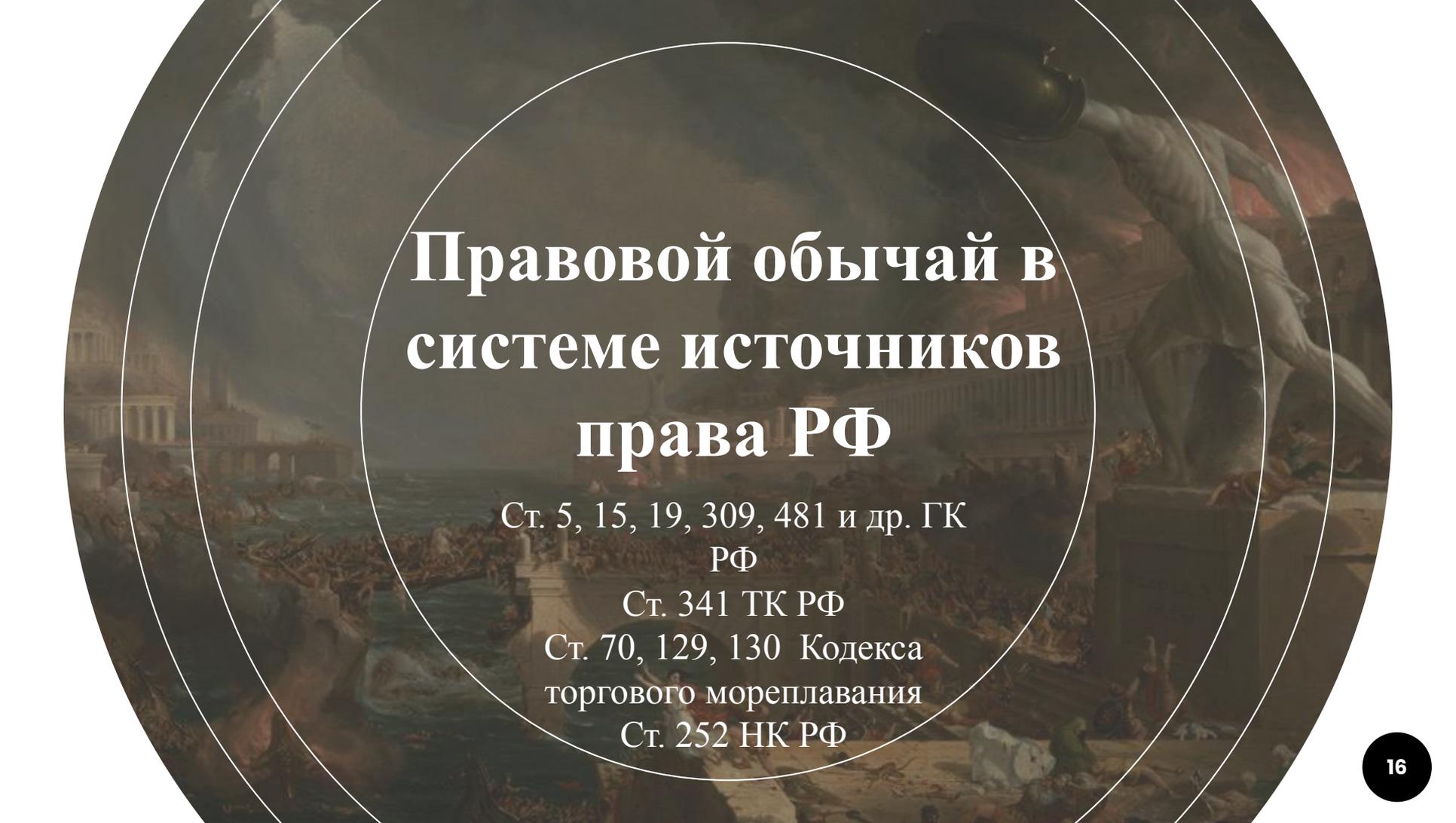
Место и авторитет правового обычая в системе источников современного права в различных странах:

1. Полное отрицание обычая как юридического источника (Франция, Австрия, Италия);
2. Признание обычая в качестве субсидиарного источника (РФ, Греция, Швейцария);
3. Приравнивание обычая к закону (ФРГ, Япония);
4. Приоритетное значение обычая при конкуренции с законом (Англия, США, Испания).

Правовой обычай *secundum legem* («в дополнение к закону») – помогает осуществлять детализацию закона

Правовой обычай *praeter legem* («кроме закона») – восполняет существенный пробел в законодательстве

Правовой обычай *adversus/contra legem* («против закона») – применяется вопреки юр. характеристикам общественного отношения



Правовой обычай в системе источников права РФ

Ст. 5, 15, 19, 309, 481 и др. ГК
РФ

Ст. 341 ТК РФ

Ст. 70, 129, 130 Кодекса
торгового мореплавания

Ст. 252 НК РФ

Правовой обычай в системе источников права РФ

- Ст. 5 ГК РФ «**Обычаем** признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе»
- Ст. 19 ГК РФ: «Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального **обычая**».
- Ст 309 ГК РФ: «Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с **обычаями** или иными обычно предъявляемыми требованиями».

Правовой обычай в системе источников права РФ

- Ст. 252 НК РФ: «Под документально подтвержденными расходами понимаются затраты, подтвержденные документами, оформленными в соответствии с законодательством Российской Федерации, либо документами, оформленными в соответствии с **обычаями** делового оборота, применяемыми в иностранном государстве, на территории которого были произведены соответствующие расходы».
- Ст. 341 ТК РФ предусматривает в качестве основания прекращения работы в представительстве РФ за границей несоблюдения работником **обычаев** и законов страны пребывания.
- Ст. 129 Кодекса торгового мореплавания РФ: «День и час подачи уведомления определяются соглашением сторон, при отсутствии соглашения **обычаями** данного порта».

Международно-правовой обычай

Разновидность правового обычая

Юридическая природа международного обычая выделяет в качестве основного момента процесса обычноправового нормообразования *opinio juris* — признание государствами сложившейся практики как правовой нормы. Это признание носит характер молчаливого согласования воли государства

Как источник МП международно-правовой обычай определен в Статуте Международного Суда ООН

В МЧП наиболее важную роль играют международные торговые обычаи, обычаи делового оборота и торгового мореплавания

В системе источников международного права обычай имеет доминирующее значение и приоритет перед международными договорами в ряде сфер: вопросы международно-правовой ответственности, государственной неприкосновенности, признания государств и др.

Библиография

1. Гримм Д. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм. СПб., 1896;
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996;
3. Дювернуа Н. Источники права и суд в древней России. Опыт истории Русского гражданского права. М.: Изд-во Катков и Ко, 1869;
4. Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908;
5. Иеринг Р. Борьба за право. СПб., 1912;
6. Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986;
7. Лаптев В.А. Российский правовые обычаи в предпринимательстве. // Право и экономика. 2016;
8. Малиновский Б. Динамика культурного обмена. Введение в расовые отношения в Африке // Личность. Культура. Общество. 1999. Т. 1. Вып. 1. № 1–2. С. 129–130. — См. также: Рулан Н. Юридическая антропология. С. 47; Кульчар К. Основы социологии права. М., 1981;
9. Муромцев С.А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. – 661;
10. Blackstone W. Commentaries on the Laws of England: In Four Books / First Edition. Volume I: Of the Rights of Persons. Oxford, 1765;
11. Gierke O. Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1895;
12. Oertmann P. Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig, 1914;
13. Puchta G. F. Das Gewohnheitsrecht. Bd. 1. Erlangen, 1828.